

Riconosciuta la responsabilità di una Stazione appaltante per mancata aggiudicazione di un appalto: il Consiglio di Stato condanna l'amministrazione al pagamento di euro €810.066,18 comprensivi delle spese affrontate per la partecipazione alla gara (polizza fideiussoria e spedizione del plico) e del mancato guadagno (dell'10% dell'offerta economica) mentre nulla è dovuto per il mancato rinnovo del certificato Soa in quanto non impedisce alla ricorrente di partecipare in associazione temporanea con altre imprese. Il seguito della vicenda sarà davanti alla Corte dei Conti.

In tema di risarcimento del danno da mancata (illegittima aggiudicazione) merita di essere segnalata la decisione numero 2472 del 3 maggio 2006 del Consiglio di Stato.

In essa infatti vengono dettagliatamente riconosciute alcune voci di danno mentre altre ne restano escluse:

< Va pure accolta la domanda di risarcimento del danno, consistente sia nelle spese affrontate per la partecipazione alla gara, sia nel mancato guadagno, dal momento che \*\*\* era già stata individuata come aggiudicataria e che quindi il provvedimento di esclusione equivale all'annullamento dell'aggiudicazione. Vanno liquidati €491 per la polizza fideiussoria ed €123,95 di spedizione del plico con l'offerta. Il mancato guadagno va liquidato nella misura dell'10% dell'offerta economica, di €8.100.661,85, e quindi in **€810.066,18**. Quanto alla spesa per la redazione del progetto, è in atti una parcella non firmata, senza intestazione, e non corredata da parere di un ordine professionale. Tale voce di danno, pertanto, non è provata e non può essere liquidata.

La società fa presente che la mancata aggiudicazione le ha impedito il rinnovo quinquennale della qualificazione nella categoria VI della categoria G3 dei lavori pubblici, scaduta nel 2004, e chiede il risarcimento nella misura del 10% dell'importo della classifica. Il Collegio, premesso che il danno andrebbe semmai calcolato sulla base della differenza tra la VI e la V classifica, osserva: 1) che il mancato rinnovo della qualificazione nella classifica VI non impedisce alla ricorrente di partecipare in associazione temporanea con altre imprese, anche in Italia, a gare che richiedano quella classifica (articolo 3, comma 8, del regolamento emanato con decreto del presidente della repubblica 25 gennaio 2000 n. 34); come del resto ha partecipato in associazione nel caso in esame; 2) che, inoltre, non è documentata la categoria per la quale la società è stata qualificata nel 2004, alla scadenza della precedente qualificazione; 3) che, infine, non è escluso che possa ottenere la revisione della classifica minore, eventualmente ottenuta, sulla base della presente decisione. La voce di danno, priva del requisito della certezza, va pertanto esclusa dalla liquidazione.>

A cura di Sonia Lazzini

REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Quinta Sezione

ANNO 2005

ha pronunciato la seguente

decisione

sul ricorso in appello proposto: 1) dalla società a responsabilità limitata \*\*\*, con sede in Roma, in persona dell'ingegner Maurizio \*\*\*; 2) dal signor REMO \*\*\*, titolare di omonima impresa individuale con sede in Roma; 3) dalla società a responsabilità limitata APPALTI \*\*\*, con sede in Roma, in persona del signor Bruno Bigonzi; 4) dalla società per azioni \*\*\*, con sede in Leini, in persona del signor Francesco Bonsignore; tutti difesi dall'avvocato Federico Mannucci e domiciliate presso di lui in Roma, via Gian Domenico Romagnosi 20;

contro

- il comune di VALMONTONE, costituitosi in giudizio in persona del sindaco, signor Angelo Miele, difeso dagli avvocati Paolo Carbone e Guido Mancini e domiciliato presso di loro in Roma, via Nomentana 303;

- la società a responsabilità limitata \*\*\*, con sede in Roma, costituitasi in giudizio, in proprio e quale mandataria d'associazione temporanea di imprese con la società a responsabilità limitata STUDIO \*\*\*, in persona del signor Erasmo Cinque, difesa dall'avvocato Federico Tedeschini e domiciliata presso di lui in Roma, Largo Messico 7;

per la riforma

della sentenza 31 agosto 2004 n. 8138, con la quale il tribunale amministrativo regionale per il Lazio, seconda sezione, ha respinto il ricorso contro una prescrizione, precisata con nota 17 aprile 2003 n. 7637, della lettera 24 gennaio 2003 n. 1708 del comune di Valmontone, d'invito alla gara per l'appalto per la progettazione e la costruzione di un collegamento viario; nonché contro l'esclusione delle attuali appellanti dalla gara, pronunciata dall'autorità di gara il 21 maggio 2003, e contro l'aggiudicazione dell'appalto alla società \*\*\*, disposta dalla giunta comunale di Valmontone con deliberazione 30 giugno 2003 n. 268.

Visto il ricorso in appello, notificato il 7 e depositato il 29 gennaio 2005;

visto il controricorso della società \*\*\*, -e, depositato il 23 aprile 2005;

visto il controricorso del comune di Valmontone, depositato il 12 luglio 2005;

viste le ulteriori memorie difensive presentate dalle parti;

vista l'ordinanza 27 luglio 2005 n. 5, con la quale il presidente della Sezione ha disposto l'acquisizione di documenti, e vista la documentazione di gara trasmessa dal comune di Valmontone in esecuzione della predetta ordinanza;

visti gli atti tutti della causa;

relatore, all'udienza del 29 novembre 2005, il consigliere Raffaele Carboni, e uditi altresì gli avvocati Mannucci, Mancini e Tedescini;

ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

**FATTO**

Il comune di Valmontone con bando pubblicato nella Gazzetta Ufficiale del 3 dicembre 2002 ha indetto una gara per appalto-concorso, con la procedura prevista dall'articolo 21, comma 2, della legge 11 febbraio 1994 n. 109, per l'appalto della costruzione di una strada di collegamento tra due strade statali. La lettera d'invito 24 gennaio 2003 n. 1708, disciplinando la presentazione delle domande, prevedeva che nel plico "C" fosse inserita l'offerta economica con una giustificazione dei prezzi offerti. Avendo diversi aspiranti chiesto chiarimenti e il responsabile del procedimento con nota 17 aprile 2003 n. 7637 aveva precisato che, se l'offerta economica fosse stata formulata sulla base di prezzi stabiliti dallo stesso offerente (anziché sulla base di prezzi desunti da elenchi

ufficiali), l'offerente avrebbe dovuto fornire la «giustificazione dei prezzi più significativi che concorrono a formare un importo non inferiore al 75% dell'importo dell'offerta presentata». L'associazione delle imprese odierne appellanti (d'ora in poi: \*\*\*) si è classificata prima nella graduatoria formata dall'autorità di gara nella seduta del 21 maggio 2003. Peraltro il signor Mario \*\*\*, quale rappresentante dell'associazione d'impresa capeggiata dalla società \*\*\*, seconda classificata (d'ora in poi: \*\*\*), ha rilevato che l'offerta di \*\*\* non era corredata dalla lista delle categorie di lavori e dalle analisi giustificative, e l'autorità di gara, effettuati i riscontri, ha riaperto la seduta e pronunciato l'esclusione di \*\*\*, con la motivazione che l'offerta era «priva di giustificazioni rispetto all'offerta presentata», in violazione della seguente prescrizione del bando: «l'offerta dovrà essere accompagnata da idonea documentazione tecnica ed economica sui miglioramenti che saranno apportati al progetto tanto sotto l'aspetto tecnico che economico». Il rappresentante di \*\*\* aveva immediatamente obiettato che l'offerta, formulata sulla base di prezzi desunti da bollettini ufficiali, non necessitava di giustificazioni. Esclusa \*\*\*, l'appalto è stato aggiudicato a \*\*\*, e la giunta comunale, con deliberazione 30 giugno 2003 n. 268, ha confermato l'esclusione e l'aggiudicazione.

\*\*\* e le altre società associate con ricorso al tribunale amministrativo regionale per il Lazio notificato il 18 luglio 2003 hanno impugnato la loro esclusione, la conseguente aggiudicazione a \*\*\*, nonché la lettera d'invito nella parte in cui prevedeva le giustificazioni e l'applicabilità dell'articolo 21, comma 1-bis della legge n. 109 del 1994, deducendo motivi che si possono riassumere come segue (tenendo conto del fatto che alcuni dei motivi contengono in realtà più censure distinte).

- 1) L'amministrazione aveva confuso due distinte prescrizioni, cioè quella relativa alle giustificazioni delle proposte migliorative – giustificazioni che la ricorrente aveva incluso nel plico B e delle quali non le era stata contestata la mancanza – e quelle relative all'elenco dei prezzi.
- 2) L'esclusione è stata pronunciata dopo che l'offerta economica era stata aperta e valutata.
- 3) La deliberazione della giunta comunale di conferma dell'esclusione è priva di motivazione.
- 4) L'esclusione è illegittima anche alla stregua della nota di chiarimento del responsabile del procedimento, perché i prezzi dell'offerta economica della ricorrente erano desunti da bollettini ufficiali.
- 5) La prescrizione relativa alla preventiva giustificazione dei prezzi era ambigua e impone una formalità non rispondente a un interesse dell'amministrazione: la presentazione preventiva di giustificazioni è prescritta dall'articolo 21, comma 1-bis, della legge n. 109 del 1994 soltanto per i casi di pubblico incanto e la licitazione privata con l'aggiudicazione del prezzo più basso, mentre per l'appalto-concorso, con aggiudicazione all'offerta economicamente più vantaggiosa, è previsto un diverso sistema di verifica della congruità dell'offerta, disciplinato dagli articoli 64, comma 6, e 91, comma 4, del regolamento emanato con decreto del presidente della repubblica 21 dicembre 1999 n. 554, pure richiamato nella lettera d'invito.
- 6) La lettera d'invito non precisa le voci di prezzo più significative che avrebbero concorso a formare il 75% dei prezzi; né avrebbe potuto precisarle, posto che i progetti sarebbero stati redatti dai singoli partecipanti con voci di prezzo diverse in ragione dei diversi progetti.

Il tribunale amministrativo regionale con la sentenza indicata in epigrafe, respinta l'eccezione di tardività del ricorso formulata dalla controinteressata, ha giudicato infondate le censure dedotte dalle ricorrenti, considerando: 1) che il richiamo al comma 1-bis dell'articolo 21 della legge n. 109

del 1994, contenuto nella lettera d'invito, riguardava il caso di verifica d'anomalia, e quindi non era pertinente; 2) che, sebbene l'autorità di gara avesse effettivamente citato le due distinte prescrizioni, quella relativa alle giustificazioni dei miglioramenti, da inserire nel plico B, e quella relativa alla giustificazioni delle voci di prezzo, da inserire nel plico C, risultava chiaro che l'esclusione era stata disposta per l'omessa giustificazione delle voci di prezzo; 3) che la deliberazione n. 268 del 2003 della giunta comunale era sufficientemente motivata circa il motivo dell'esclusione; 4) che le prescrizioni della lettera d'invito, integrate con la nota n. 7637 del 2003 non contestata dalle ricorrenti, che prescrivevano, nel caso di prezzi stabiliti dallo stesso concorrente, la preventiva giustificazione dei prezzi più significativi per un importo in inferiore al 75% dell'offerta, non si prestava a generare confusione; 5) che i rilievi delle ricorrenti circa l'incompatibilità dei sistemi di verifica dell'anomalia dell'offerta, rispettivamente nelle gare con aggiudicazione al prezzo più basso e in quelle per appalto-concorso, avrebbero avuto rilevanza solo nel caso in cui l'amministrazione avesse proceduto alla rilevazione dell'anomalia dell'offerta e alla relativa verifica; 6) che i prezzi offerti dalle ricorrenti, pur avendo esse utilizzato prevalentemente i prezzi indicati dalla stessa amministrazione nel progetto definitivo posto a base di gara, a loro volta desunti da quelli indicati nella tariffa del 1993 del comune di Roma e dalla tariffa della regione Lazio del 1998, non potevano considerarsi desunti da elenchi ufficiali, dovendosi con ciò intendere quelli, non solo adottati da organismi pubblici, ma anche dotati del requisito dell'attualità; 7) che non aveva importanza che la lettera d'invito non avesse individuato le voci di prezzo più significative, «attesa l'estraneità della fattispecie al procedimento di rilevazione delle anomalie».

Appellano \*\*\* e le società associate, riproponendo i motivi del ricorso di primo grado e censurando analiticamente la motivazione della sentenza che li ha respinti. In particolare le appellanti rilevano che la questione dell'attualità dei prezzi era estranea tanto alla disciplina della gara quanto ai motivi d'esclusione, e il giudice di primo grado ha, sul punto, recepito una tesi che era stata tardivamente "confezionata" dal comune nelle sue difese in giudizio, di fronte al fatto che le voci di prezzo delle ricorrenti erano quelle stesse proposte dall'amministrazione e che pertanto, alla stregua della stessa lettera d'invito, non occorreva preventiva giustificazione. Le appellanti ribadiscono altresì che l'amministrazione ha mischiato due procedure, quella al prezzo più basso mediante elenco dei prezzi posto a base di gara e quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, e imposto prescrizioni che sono in insanabile contrasto con l'appalto-concorso, da aggiudicarsi secondo il metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Rinnovano la domanda di risarcimento del danno.

## DIRITTO

La legge 11 febbraio 1994 n. 109, intitolata "Legge quadro in materia di lavori pubblici", all'articolo 21, sui criteri di aggiudicazione delle gare d'appalto, prevede che questa, nelle gare mediante pubblico incanto o licitazione privata sia effettuata con il criterio del prezzo più basso, inferiore a quello posto a base di gara, determinato o mediante ribasso sull'elenco dei prezzi posto a base di gara ovvero mediante offerta a prezzi unitari, oppure, nei contratti da stipulare a corpo, mediante ribasso sull'importo posto a base di gara ovvero mediante offerta a prezzi unitari, oppure ancora, per i contratti da stipulare a corpo e a misura, mediante l'offerta a prezzi unitari. L'articolo 1-bis, sostituito, da ultimo, con l'articolo 7 della legge 18 novembre 1998 n. 415, stabilisce che, nei casi di lavori da aggiudicare con il criterio del prezzo più basso di cui al comma 1 e superiori a un certo importo, le offerte debbano esser corredate, fin dalla loro presentazione, da giustificazioni relativamente alle voci di prezzo più significative, indicate nel bando o nella lettera d'invito, che concorrono a formare un importo non inferiore al 75 per cento di quello posto a base d'asta. Il comma 1-ter prevede che l'aggiudicazione degli appalti mediante pubblico incanto o licitazione privata possa essere effettuata (anziché con il criterio del prezzo più basso) con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, determinata in base agli elementi di cui al comma 2,

alinea "a" (prezzo, valore tecnico ed estetico delle opere progettate, tempo ed esecuzione dei lavori, costo di utilizzazione e di manutenzione, ulteriori elementi individuati in base al tipo di lavoro da effettuare). Il comma 2 prevede che l'aggiudicazione degli appalti mediante appalto-concorso avvenga mediante il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa (sicché pubblico incanto e licitazione privata con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, da una parte, e appalto-concorso, dall'altra, si differenziano solo perché nei primi il progetto è dell'amministrazione, nel secondo è del concorrente). Infine il regolamento di esecuzione della legge n. 109 del 1994, emanato con decreto del presidente della repubblica 21 dicembre 1999 n. 554, negli articoli 64, comma 6, e 91, comma 4, prevede che nelle procedure con offerta economicamente più vantaggiosa i bandi possano prevedere la procedura di verifica della congruità dell'offerta qualora i punti relativi al prezzo e la somma dei punti relativi agli altri elementi di valutazione siano pari o superiori ai quattro quinti dei corrispondenti punti massimi previsti dal bando di gara.

Fatte queste premesse normative, il Collegio non stima necessario addentrarsi nella questione, se la giustificazione preventiva dei prezzi, prevista per il sistema d'aggiudicazione al prezzo più basso, sia applicabile anche al sistema d'aggiudicazione all'offerta economicamente più vantaggiosa; perché, in ogni caso, l'amministrazione deve indicare i prezzi più significativi, che il concorrente deve giustificare; il che nel caso in esame non è avvenuto.

Peraltro l'esclusione delle appellanti è stata illegittima anche alla stregua della lettera d'invito, perché questa chiedeva la preventiva giustificazione delle sole voci di prezzo formate dal concorrente, e non anche di quelle desunte da prezzari ufficiali, ed è fuori discussione, e riconosciuto anche dalla sentenza impugnata, che le appellanti avevano utilizzato le voci di prezzo formate dalla stessa stazione appaltante, la quale a sua volta le aveva riprese da tariffe del comune di Roma e della regione Lazio. L'argomento con il quale il primo giudice ha respinto il motivo d'impugnazione (motivo del ricorso di primo grado sopra indicato come quarto), che le tariffe non erano più attuali, introduce un requisito non previsto dalla lettera d'invito né addotto dall'amministrazione a fondamento dell'esclusione, e pertanto la censura, riproposta dalle appellanti, va accolta.

In conclusione l'appello va accolto, restando assorbito l'esame dei restanti altri motivi, per quanto riguarda l'annullamento dell'esclusione dalla gara.

Va pure accolta la domanda di risarcimento del danno, consistente sia nelle spese affrontate per la partecipazione alla gara, sia nel mancato guadagno, dal momento che \*\*\* era già stata individuata come aggiudicataria e che quindi il provvedimento di esclusione equivale all'annullamento dell'aggiudicazione. Vanno liquidati €491 per la polizza fideiussoria ed €123,95 di spedizione del plico con l'offerta. Il mancato guadagno va liquidato nella misura dell'10% dell'offerta economica, di € 8.100.661,85, e quindi in € 810.066,18. Quanto alla spesa per la redazione del progetto, è in atti una parcella non firmata, senza intestazione, e non corredata da parere di un ordine professionale. Tale voce di danno, pertanto, non è provata e non può essere liquidata.

La sola società \*\*\* fa presente che la mancata aggiudicazione le ha impedito il rinnovo quinquennale della qualificazione nella categoria VI della categoria G3 dei lavori pubblici, scaduta nel 2004, e chiede il risarcimento nella misura del 10% dell'importo della classifica. Il Collegio, premesso che il danno andrebbe semmai calcolato sulla base della differenza tra la VI e la V classifica, osserva: 1) che il mancato rinnovo della qualificazione nella classifica VI non impedisce alla ricorrente di partecipare in associazione temporanea con altre imprese, anche in Italia, a gare che richiedano quella classifica (articolo 3, comma 8, del regolamento emanato con decreto del

presidente della repubblica 25 gennaio 2000 n. 34); come del resto ha partecipato in associazione nel caso in esame; 2) che, inoltre, non è documentata la categoria per la quale la società è stata qualificata nel 2004, alla scadenza della precedente qualificazione; 3) che, infine, non è escluso che possa ottenere la revisione della classifica minore, eventualmente ottenuta, sulla base della presente decisione. La voce di danno, priva del requisito della certezza, va pertanto esclusa dalla liquidazione.

In conclusione il danno va liquidato in € 810.681,13. Gli interessi legali su detta somma decorreranno, in mancanza di altra richiesta o indicazione, dalla data di notificazione del ricorso di primo grado.

Le spese di giudizio seguono la soccombenza e si liquidano in €4000 per il giudizio di primo grado e in €5000 per questo grado d'appello.

Per questi motivi

accoglie l'appello indicato in epigrafe, e per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, annulla gli atti del comune di Valmontone specificati in epigrafe.

Condanna il comune di Valmontone al risarcimento del danno, liquidato in euro 810.681,13 con gli interessi legali dalla data di notificazione del ricorso di primo grado.

Condanna il comune di Valmontone, al pagamento delle spese di giudizio, liquidate in novemila euro, a favore solidale degli appellanti.

Ordina al comune di Valmontone di dare esecuzione alla presente decisione.

Così deciso in Roma il 29 novembre 2005

DEPOSITATA IN SEGRETERIA - Il 3 maggio 2006